

第31巻第2号 1993年3月

近代の市場社会における慣習および習俗と その法的強制力についての研究

——その1 慣習と習俗に関する基礎的検討——

加 藤 哲 実☆

Researches into the Legal Sanction of the Customs and Folkways in the
Modern Society.

No.1 Basic Study on the Customs and Folkways.

Tetsumi Kato

一 序

本研究の目的は、近代および現代の市場社会が必然的に生み出してくる諸々の問題を具体的に検討することによって、集団ないし社会が有する慣習や習俗の現実的な法的強制力を明らかにすることであるが、筆者は、最初になすべき課題として、新たな観点からの社会認識を踏まえた、慣習と習俗に関する基礎的検討を行なう。

ひとつの国家ないし社会に通用している規範は、裁判規範と行為規範に分けることができる。裁判規範は裁判官を名宛人としたものであり、行為規範は社会の成員を名宛人にしたものであると一応言うことができる。本稿では、人々の行動に方向づけを与え、人間社会の秩序を実質的に律する行為規範を、慣習ないし慣習法概念を含んだ「習俗」という言葉で表わし、その習俗概念の理論的な検討と解明を試みる。習俗という言葉を用いるのは、研究対象としての行為規範が、宗教あるいはそれに類似する信仰を含む人間の深層心理や普遍的無意識と密接な関連をもつと考えられ、従来の用語では、かかる行為規範の意味を表わせないと判断したからである。

社会における法現象を考えてみると、非市場社会では広い意味での「法」は社会の投影であるのに対して、市場社会では「法」は経済の投影であると一応言うことができる。しかし、実際には、市場社会においては確かに、理念としての市民法レベルでは、「近代的な自由な市民」の存在を前提として、論理的に明快に筋道立てられた法制度の体系が人間によって作られ、紛争が起これば裁判所においてその法制度のもとで決定が下されるが、現実の生活は、所属する社会ないし集団内部の、決して近代市民法的とは言えないさまざまな行為規範によって拘束されているのである。

市場社会の内部において伝統社会は生きており、それは幻想としての市場経済と対立している。それ故、市場社会の表層においては、理念としての近代市民法、あるいはそこからの偏差を埋めるため

☆本学法学部助教授

の社会法を含めた現代法が、現実機能しているのであるが、その深層においては、近代市民法よりも根の深い、本源的な人間存在に関わるような、言葉の本来の意味での「社会」的な行為規範が機能していると思われる。私は、かかる行為規範を社会との関連で説明することにする。

二 慣習と習俗に関する従来の学説

法人類学は、法を文化現象と見て、その文化理論を探究するものである。この研究は、法文化 (legal culture) の存在を前提にしている。それは、一定の法的な価値観に裏打ちされた社会的活動・現象の総体を指している。1970年代中頃以降の法人類学の傾向は、「ルールとプロセス」、「法多元論」、「法の経済学」など、新しい問題関心に基づくものによって代表されるが⁽¹⁾、「法多元論」(legal pluralism)に注目すると、それは、法を「国家の諸制度によって排他・画一的に執行されるところの国家法」に限定する「法集権主義」(legal centralism)への批判から出発するものであり、どのような社会ないし社会集団においても法秩序は多元的に構成されているものと見る。

千葉正士教授によって提唱されている法多元論においては、固有法と国家法と世界法が多元的法体制を成すとされている⁽²⁾。その議論において教授は、国家法一元論への反省から出発し、固有法尊重の思想に立ち、国家法と固有法との文化として調和ある協調を目指している。さらには、かかる協調を国家内部だけでなく、世界全体について世界共通法と各国家法との間にも通用させようとするグローバルな観点に立つ。これは法の三元論である。

現代において、国家によって括られた社会の内部には、少数民族の集団、地域的集団が存在し、一箇の文化主体として存在している。その文化主体は、体系としての法制度を持つとは限らないが、少なくともそれぞれに固有の法文化を持つことは確かであろう。

慣習法 (customary law) は、法学上、不文法の一つとされる。文字に表わされ、立法機関により制定された法が成文法であるが、それ以外の法が不文法である。理論法学においては、国家ないし正統的政治権威が直接に支持する制定法・実定法とは別に、社会の諸集団諸階層が法として慣行的に遵守している社会規範を総称して慣習法と呼ぶ。

フォークロー (folk law) は、法人類学の対象を端的に示す最近の概念であり、現代世界における非公式法一切に向けられた概念である。その概念の特徴は、非西欧社会だけではなく、西欧社会にも存在する非公式法をも包含する点である。したがって、従来のように西欧以外の固有の法の分析枠組としてではなく、欧米を含む全世界の非公式法がこの概念によって分析され得るということになる。

「生ける法」の概念は、エールリッヒ (Eugen Ehrlich, 1862-1922) によって与えられた。「エールリッヒ法社会学の発想の基本的モチーフは、法規 (なかんずく裁判法規) と行為の規則=生ける法 (Regel des Handelns, lebendes Recht) との対立、および、前者が後者の基礎のうえに主として法曹によって形成せられ、かつ法的紛争の比較的稀な場合にのみ働く二次的なものであるのに対し、現実には民衆の行為を規律し現実の社会の日常生活を秩序づけるのは専ら後者である」という基本的認識を

背景として、かような現実の生ける規範の探求とそれを基軸として法規の分析をめざすことにより、法律学を法規解釈の束縛から解放し法律学の社会学化を企図するにある⁽³⁾。」(傍点原文)かかるモチーフのもとにエールリッヒは「生ける法」の探求を行なうわけであるが、彼によれば、行為の規則＝「生ける法」は、人間社会を現実^レに秩序づけ、民衆の行為を現実^レに規律しているものである。つまりそれは、人間社会の法秩序の基礎であり、法の根源的形態でもある。

エールリッヒは、法社会学の対象としての法を社会の「秩序」(Ordnung)として規定し、その基軸として「生ける法」を把握する。彼は次のように述べている。

人間の組織の内部秩序は単に始原的なものであるに止まらず、現代に到るまで法の基本的形態なのである。法規はずっと後になって作られるのみならず、今日でもなおその大部分が、先ず組織の内部秩序から導出されるのである。それ故に、法の最初の形態とその発展ならびに本質を解明するために、先ず組織の秩序を研究せねばならないのである。法を説明しようとする従来の試みは全て、組織における秩序からではなく、法規から出発したという点で、失敗したのである⁽⁴⁾。

エールリッヒは、法の説明は、法規からではなく人間の組織の内部秩序から出発しなければならないことを強調し、その内部秩序は、実は「生ける法」そのものであったのだと述べている。そして我々もまた、彼に倣って、社会およびその内部秩序の在り方の検討から始めて、「生ける法」、すなわち我々の習俗の研究へと向かう。なお、「生ける法」の意義および性格は、エールリッヒによって⁽⁵⁾具体的には次のように示されている。

「生ける法」は先ず第一に、社会的諸団体の平和的な内部秩序の基礎である。団体の内部秩序は、団体の成員個人々人にとっては、その行為の規則＝「生ける法」として現われる。第二に、「生ける法」は、本来画一的・統一的なものではなくて、具体的・個別的なものである。社会を構成する社会的諸団体はきわめて多種多様かつ個性的なものであり、かような具体的な諸関係から行為の規則が生ずるからである。第三に、「生ける法」は、それが具体的な社会的諸団体の内部秩序であるということと相関的に、人間の行為を現実^レに規定するところの、この意味において生ける規範である。すなわち、「生ける法」の現実性の強調である。したがって、民衆の中で事実的に行なわれ彼らによって生きられていることが問題なのである。第四に、「生ける法」は、国家権力による強制によって担保されることを必要としない。このことは、「生ける法」＝団体の内部秩序が強制のモメントを一般に欠くことを意味するのではない。「生ける法」は国家的強制ではなく社会的強制によって担保されている。団体において個人は、孤立的な個人として存在しているのではなくて、団体の系列内に位置付けられていること、社会的関連そのものが個人に規範を強制してくるということである。最後に、「生ける法」は、それが国家の禁止に違反する場合に、社会学的意味における法として考察され得るか否かは、社会的な力問題である。

エールリッヒの「生ける法」論は、現在でも最も力強いインパクトをもって我々に迫ってくる。しかし、エールリッヒの「生ける法」論は、我々に、法現象の研究における大きな方向性を示してはいるものの、明確な社会論を踏まえた「生ける法」論にはいまだ行き着いていないように思われる。以

下では、先ず、「生ける法」の発生する土壌たる社会とその形成・統合の認識に向かい、次に、「生ける法」を一層グローバルに捉えるために習俗という概念を採用し、それを検討することにする。

註

- (1) 詳しくは、北構太郎「法人類学の課題(一)」『法律時報』55巻1号、1983年、同「法人類学の課題(二)」『法律時報』56巻1号、1984年、同「社会変動への解釈論的接近」『帯広畜産大学人文社会科学論集』8巻1号、1990年、参照。
- (2) 千葉「新多元的法体制論——固有法と国家法と世界法——」『東海大学法学研究所年報』2号、1986年、17頁。
- (3) 磯村哲「エールリッヒ法社会学の体系的構造」(同『社会法学の展開と構造』日本評論社、1975年所収) 164頁。
- (4) Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913. オイゲン・エールリッヒ著、河上倫逸・M・フープリヒト訳『法社会学の基礎理論』みすず書房、1984年、34頁。
- (5) 磯村、前掲論文、189～196頁参照。

三 「生命体」としての社会

社会は多義的な概念であるが、ここでは、抽象的には、共通の志向を有する人間の結合ないし生活の共同一般を指し、具体的には、大小様々の組織的な集団生活体を指すものとする。社会は諸個人の単なる総和ではない。デュルケム (Émile Durkheim, 1858-1917) は、「生命は、諸部分のなかにではなく、全体のうちに存するのだ⁽¹⁾」と述べて、社会は諸個人の集合を超える何かであると主張した。個人心理的なものは社会的なものに従属しているのであり、社会を離れては個人はあり得ないというのが、人間存在の現実である。

生物物理学者の清水博教授は、生命関係学の立場から、生物の研究を通して、生きている状態とは何であるのかを検討されている⁽²⁾。教授は、生物に限らず社会をも「生命体」として捉えることができるという問題意識のもとに、生命論の社会理論への応用を提唱している。すなわち、「生命システムには、要素への分析によって理解できる面と、できない面とがあり、『生きている状態』の理解は、そのうち後者に属するということが、さらに『生きている状態』を新しい価値の基盤として人間とその社会を捉えなおすことが、これからの時代では必要になる⁽³⁾」、と。

諸個人の集合が組織的な集団になるためには、個人間の何らかの関係形成が必要となる。だから、集団を認識するためには、個人ではなく、諸個人の関係に焦点を当てた研究を行なわねばならない。諸要素ないし諸個人の関係は、それがたとえ或る種の対立関係を含むものであったにしても、全体のシステム内部にあっては一定の調和を保持していなければならない。この諸要素間の調和が秩序である。ところで、生命とは何かといえ、それは、結晶構造が持っているような静的な秩序ではなく、動的なあるいは生物的な「秩序を自己形成する能力である」。そして、生命現象とは、「システムが生物的な秩序を自律的に作り出す現象」、すなわち「自己組織現象」である。したがって、「生命体」と

しての社会が発生する時にも、かかる秩序の形成に向かって何らかのパワー（秩序の自己形成力）が働くものと私は考えている。

清水教授によれば、秩序の自己形成に関しては、二つの重要局面に注目すべきである。一つは、要素がシステム全体の発展に協調して秩序を作ることであり、もう一つは、各要素の状態はゆらぐことができて、環境の中からシステムの発展にとって最も良い条件を選択できることである⁽⁴⁾。

第一の局面では、諸要素が秩序のある全体を作ると、その秩序を維持・発展させてゆくルールとしての「秩序の場」が形成され、その後に参入してくる要素をその場に引き込む現象が生じる。その「場」は、諸要素の運動を拘束し、秩序形成に向かわせることになる。これは、人間が秩序のある社会を形成するときの論理に、そのまま当てはまる。

第二の局面では、システム内部での要素のゆらぎは、諸個人の行動の自由に対応する。生命において、システムに作られた秩序が固定化して要素のゆらぎを許容しなくなると、そのシステムは環境の変化に対応できず、ついには死に至る。個人の自由な行動を許さない管理社会にあっては、まさに個人の自由の享受（ゆらぎ）がないのであり、いずれはその社会は崩壊する運命にあるのである。したがって、社会の維持・発展のためには、諸個人の自由を保証した上での秩序の自己形成が必要だということになる。

さて、デュルケムによれば、社会の成員たる個人は、その内部的秩序に順応している場合、集合的存在の内部に潜む力に従属し、それに対する自らの劣位を自覚するのであるが、その仕方は、「宗教を通じて感性的、象徴的な表象を作り上げたり⁽⁵⁾」することによってである。このことは、古来、人間がそのような力に対して宗教的な畏敬の念を持って接してきたことを意味するのであろうか。確かに、人類の歴史を顧みれば、殆どの人間世界は宗教的な聖なる世界であったことが分かる。これは、集合的存在が、宗教的存在という形で自らを人格化し、その存在の内部の力を宗教的存在に投影したということなのであろう。したがって、先に提出した問題に戻れば、人間社会形成の契機は、かかる精神的契機、すなわち集団的存在としての人間の宗教的感性に行き着くのである。

社会は諸個人によって構成され、構造法則を持ち、それによって形成されたシステムは、常に社会を統合する方向へ力を発揮してゆく。そして個人に対しては、社会は、簡単には自分の思い通りにならない客体的実在として迫ってくる。だから、社会は個人にとって極度の抑圧となる場合もある。

社会現象もまた、個人にとっては常に外在的なものであり、個人的生活が社会的生活とは異質の局面を持つことはあり得ることである。社会の集団意識と個人意識は性質を異にする。後者なしには前者はあり得ないが、発生した集団意識は否応無しに個人意識に構造を強いてくるのだ。これは、ミクロの心性が集合してマクロの心性を形成し、それが今度はミクロの心性に向けてフィードバックすると表現することもできよう。

註

- (1) Émile Durkheim, *Les Règles de la Méthode Sociologique*, 1895. エミール・デュルケム著、宮島喬訳

『社会学的方法の規準』岩波文庫，1978年，31頁。

- (2) 清水博『生命を捉えなおす——生きている状態とは何か——』（増補版）中公新書，1990年。同『生命と場所』N T T出版，1992年
- (3) 清水『生命を捉えなおす』（前掲）268頁。
- (4) 同右書，234頁。
- (5) デュルケム，前掲書，236頁。

四 習俗

習俗という言葉は，もともと，一定の土地で昔から行なわれている事柄や生活様式を表わす概念である。それは一般的には，過去の伝統的な習俗，未開人の習俗，都会とは異なる田舎の習俗というように，「近代人」，「文明人」，「都会人」というような文化における優越性を意識した者の眼から見た対象としての規定を受けていた。しかし，習俗を，一定の価値観で閉じられた観点からではなく，開放された観点から捉え直してみると，それは，個人の習慣とは対照的な社会ないし集団の習慣，すなわち慣習であり，その慣習は，人々の外観としての外的現象に対して，内部的な構造を有する現象なのである。

「生命体」としての社会は，自由を求めて対抗し合う諸個人を調和させるための秩序を自ら形成する。その社会は，かかる秩序の自己形成力を持ち，その秩序を維持することができるわけであるが，その際に，諸個人の結合に関わり，社会を統合し，秩序を維持するもの，換言すれば，社会秩序を維持・発展させてゆくルールとしての「秩序の場」＝「関係の場」が習俗の源泉なのである。

現実の習俗は，集団内部に備わった価値体系の発露であり，社会秩序を統合・維持させるために，成員に一定の行為を強いてくる。かかる行為規範が習俗である。それは個人の行動を束縛し，あらゆる個人を社会内部の協同性ないし連帯性に導く。いわゆる狭義の法が，国家法を典型として，確固たる強制装置を持つものに対して，習俗は，その機能の貫徹を社会的制裁（サンクション）に委ねている。この点はエールリッヒが，彼の「生ける法」論において，それは，国家的強制ではなく社会的強制によって担保されていると言っていたことに通じる⁽¹⁾。前述のように，社会の形成ないし統合は，宗教的な集団心性のもとに現実化したのであり，社会秩序を律する習俗は，宗教ないし宗教的な理念（思想）によって基礎づけられているのである。

集団においては，成員は互いに協調し合い，単独に行動する個人のそれとは異なった，集団に固有の機能と行動様式が出現する。集団内部の諸個人のかかる動態は，内部世界の自我意識，すなわち集団的意識と無意識の両者を含む集団心性あるいは集団感情のような，統合された集合表象の存在を前提にしている。そして，かかる集合表象を前提として現実化される集団的行動ないし生活を司り，集団活動に一定の方向を与えるのが習俗である。したがって習俗は，共同生活に基礎づけられた社会的連帯にその発生の源を持っている。

習俗の発生には宗教的な要素が重要な意味を持つ。原初以来，社会ないし集団の統合は，狩猟民も

農耕民も自然力の崇拜という名の宗教を持っていたことから分かるように、なぜか世俗的な平面だけでは成就され得ず、必ず、超自然的な力（神・他界）と人間集団との緊張関係、そして決められた儀礼を通しての交流によって実現されてきた。宗教的な祭礼が集団生活を活性化し、集団感情を刺激することは、歴史人類学においても確認されている。そして、社会の統合が宗教を通して実現される以上、統合の原理の発露たる習俗もまた宗教によって力を与えられ、発生してくるのであった。

習俗は、集団内部に備わった価値体系の発露であるが、それには三つの特徴がある。第一に、集団内部において規則正しく繰り返される事実である（事実としての習俗）。第二に、共同の幻想性を内部に秘めた集団がその成員に課する規則であり、規範である（規範としての習俗）。第三に、集団が持つ意欲ないし意志の現われである（意志としての習俗）。以下では、それぞれについて幾分詳細に検討してみよう。

デュルケム社会学のキーワードである「社会的事実 (fait social)」は我々の習俗に通底する概念である。デュルケムは次のように述べている。

社会的事実とは、固定化されていると否とを問わず、個人のうゑに外部的な拘束をおよぼすことができ、さらにいえば、固有の存在をもちながら所与の社会の範囲内に一般的にひろがり、その個人的な表現物からは独立しているいっさいの行為様式のことである⁽²⁾。（傍点原文）

彼の「社会的事実」概念は、習俗概念よりも広いものであるが、個人を拘束し、個人のものではなく社会のものである行為様式である点で、後者を含む概念なのである。彼はさらに、「社会的事実を構成するものは、集合的なものとして把握された集団の諸信念、諸傾向、諸慣行にほかならず⁽³⁾」と述べており、習俗概念と重なることは明らかである。かかる意味で習俗は、社会的ないし集団的な事実であるということができるのである。

かかる「社会的事実」=習俗は、継続的に惹起する行為のうちに内在的状态において存在しており、人々によって規則的に繰り返し実行されることによって或る種の一貫性を獲得する⁽⁴⁾。習俗が事実であるということの意味の中には、それがこのように反復的に再現されるということを含んでいるのである。

社会の内部秩序とは、要素のゆらぎとの関連で述べたように、個人の自由が認められるという前提のもとに成り立つ秩序であったし、それを実現するものが習俗であった。構造を持った社会は、そのシステムの維持のために諸個人に習俗を守らせるべく迫ってくる。かかる意味で習俗は規範として存在しており、ユールリッヒの「生ける法」が、人間の行為を現実に規定するところの行為規範であると説明される時、習俗のこの側面が強調されているわけである。デュルケムはこの規範的側面について、その外部性を強調しつつ次のように述べる。すなわち、「社会的事実」=習俗は、「われわれの意志の一所産であるどころか、外部からわれわれの意志を規定してかかるものであり、あたかも、われわれの行為が必然的にそこに流し込まれていく鋳型のようなものとして存在している⁽⁵⁾」、と。

デュルケムは、「社会的事実」=習俗をあくまでも外部的な客観的実在と見做し、それが外側から個人に作用してくると見る。それは、「社会的事実」を「物」として扱うという彼の独自の的方法論の根幹

から出てくるものなのであろう。個人の習性は個人を内側から支配し、「社会的事実」は個人に外側から作用するというのである。しかし、我々の習俗に限って言えばであるが、それは個人の集合から成る集団の内部から発生し、次にそれがフィードフォワードして個人に作用するのであり、時には、さらに個人から集団へとその習俗がフィードバックするのである。この場合、集団心性と個人心性は、それぞれの意志の循環において相互に浸透し合うのであり、それらは、それぞれ相互に他方が内部であると同時に外部であるということが成り立っているように思われる。

いずれにしても、個人にとっては一応外部的な習俗が、個人の内面にある心性を通して、規範的な意味を持つことは確かである。そして習俗は、社会的な制裁によって強制力を持ち、社会・集団の均衡を確保するという役割を果たすのである。

テニエス (Ferdinand Tönnies, 1855-1936) は、人間相互の肯定的な関係によって形成される集団を結合体 (Verbindung) と規定し、そのうち実在的有機的な生命体と考えられるものをゲマインシャフト (Gemeinschaft, 共同体), 観念的機械的な形成物と考えられるものをゲゼルシャフト (Gesellschaft, 利益社会) という用語で表わす⁽⁶⁾。そして、人間の習慣に相当するものとして社会の習俗を想定し、その習俗は人間のゲマインシャフトの動物的意志なのだ述べている。彼は、習俗について、それが社会の内部に向かって拘束的に働くか、あるいは個別的意志を規定する限りにおいてのみ考察しているのであるが、「支配者は支配において、奉仕者は奉仕において、普遍妥当的な共同意志としての慣習法に従う⁽⁷⁾」という表現や、「習俗や慣習として現われる普遍的意志⁽⁸⁾」という表現に現われるように、習俗を、統合された社会の共同意志として捉えている。

なお、共同意志に関しては、それがしばしば宗教的な要素と関わる点に注目したい。人々は、伝統的社会においては、人間の死や天変地異に象徴されるような未知の世界に対して、恐れと畏敬の念を持ち、そのことが人々をして宗教的な観念に向かわせることになったと思われるのであるが、かかる宗教的な世界との交流、あるいは現世と他界の境界領域での緊張関係の中で習俗は、現実的な姿を現わすことになったのではなかろうか。したがって習俗は、必ずしも秩序維持のための内部拘束とか、紛争処理のための方策の提示というように目的的に発生してくるものではなく、本来の形態においては、人間集団の深層の心理、とりわけ普遍的無意識の地平からほとぼしり出てくるものであったのだ。そのようにして発生した習俗は、結果的に、秩序維持の機能を果たすのである。

註

- (1) 本稿の二参照。
- (2) デュルケム『社会学的方法の基準』(前掲) 69頁。
- (3) 同右書, 59頁。
- (4) 同右書, 59~60, 195頁。この点について, Ferdinand Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft: Grundbegriffe der reinen Soziologie*, 1887. テニエス著, 杉之原寿一訳『ゲマインシャフトとゲゼルシャフト——純粹社会学の基本概念——』上・下, 岩波文庫, 1957年, 下, 155頁も参照。
- (5) デュルケム『社会学的方法の基準』(前掲) 93頁。
- (6) テニエス, 前掲書, 上, 34~35頁。

(7) 同右書, 下, 160頁。

(8) 同右書, 下, 163頁。

五 結び

以上, 我々は, 裁判規範ではなく人間の行為規範に注目し, それが人間の深層心理や普遍的無意識と密接な関連があることを重視して, 行為規範に代えて習俗という用語を採用し, それに関して検討を加えてきた。その際, 先ず, 従来 of 行為規範の研究を法人類学の問題意識の変遷の中で捉えることから初め, そして, エールリッヒの「生ける法」概念の見直しをしつつ, その批判的継承を行なうべく方向を定めた。

従来の法社会学や法人類学は, 法の発生基盤である社会ないし集団について, 自覚的に自己の問題としてこだわりつつ理論的な研究を行なってきたように思われぬ。私は, 生物物理学者の清水博教授の研究に啓発され, デュルケムがすでに百年以上も前に示唆を与えていたように, 社会を「生命体」として捉えてみようとする, 古くて新しい観点に学びつつ, 私なりの社会の理解を示した。ただしそれは, 今のところ, ほんの概略に過ぎないものであり, 今後の社会ないし習俗の具体的研究の積み重ねの中で補足され緻密にされてゆくべきものである。

(かとう てつみ)